Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

XV.

Ueber den Beweis der Eigenthumsklage.

Von Thibaut.

Es iſt eine unangenehme Erſcheinung, daß in der Rechtswiſſenſchaft ſo oft über dem Kleinen und Kleinlichen das Große und Größte ganz vernachläſſigt ward. Dieß gilt nicht bloß im Gegenſatz des Critiſchen und Hiſtoriſchen zum Dogmatiſchen, ſondern auch, wenn man das Eine und das Andre für ſich betrachtet. Ueber das zweyte Capitel der Lex Aquilia iſt vor Entdeckung des neuen Gajus mehr geſchrieben, als über die unendlich wichtige Geſchichte des Concurſes der Gläubiger; über die Bedeutung des Digestum vetus, infortiatum und novum mehr, als über die Geſchichte des Criminal-Rechts; über die Lex Aelia Sentia mehr, als über die ganze Geſchichte des Erbrechts; und über die unfruchtbare servitus luminum mehr, wie über hundert andre, ganz vernachläſſigte practiſche Rechtsfragen. Die Sache begreift ſich freilich wohl. Zu den kleinen, ſogenannten eleganten Erörterungen gehört oft nichts als gemeiner Scharfſinn, und eine gewiſſe Regſamkeit, welche durch Bezwingung des Kleinen ermuntert wird, ſich gleich wieder an ein andres Kleines zu wagen. Allein es gehört viel Geduld und gediegene Kraft dazu, um-

faſſende, tiefeingehende Werke zu ſchreiben, dergleichen wir neuerlich von Savigny über Beſitz, und Geſchichte des Römiſchen Rechts im Mittelalter, von Mühlenbruch über die Ceſſion, und von Haſſe über die Culpa erhalten haben; und eine ſolche Ausdauer und Kraft iſt eben nicht häufig zu finden. Viele Nebendinge kommen oft noch hinzu: die Mode, welche Lieblings-Tendenzen unterhält; das Beſtreben eitler Lehrer, nur ſich mit ihrer kleinen Individualität in ihren Zuhörern wiederzufinden; die gänzliche Abgetrenntheit vieler Gelehrten vom Leben, und der Beobachtung der Bedürfniſſe deſſelben; die Freiheit des academiſchen Lehrers, wenig zu lernen, oder das Unfruchtbare zu cultiviren, wenn er ſich um das Beſte nicht bekümmern will; und vor allen Dingen die häufige gelehrte Vornehmheit, welche ſich anmaßt, wegen eines bequem erlangten leeren Wiſſens auf die practiſchen Theile des Rechts, und die Beförderer einer feſten Rechts-Verfaſſung mit Verachtung herabzuſehen.

Aufgefordert, zu dieſem Archiv, welches ſtets den Werth des ſogenannten Theoretiſchen ehren, aber auch ſtets den letzten Zweck der Rechtswiſſenſchaft in etwas Höherem ſuchen wird, einen neuen Beytrag zu liefern, will ich jetzt zu den obigen Bemerkungen ein Beiſpiel aus der Lehre von der Eigenthumsklage geben, alſo aus einer Lehre, welche das höchſte Intereſſe hat. Denn das Eigenthum iſt das wichtigſte aller Rechte; es iſt die Baſis aller andern Sachenrechte; und Rechtsſtreitigkeiten über Eigenthum, und was damit zuſammenhängt, kommen täglich vor. Man ſollte alſo, menſchlicher Weiſe, glauben, daß die Lehre vom Beweiſe der Eigenthums-Klage mit beſondrer Vorliebe behandelt ſey. Allein gerade das Umgekehrte iſt geſchehen. Ueberall nur kurze, hingeworfene, oft räthſelhafte Bemerkungen, ſelbſt in den wenigen Abhandlungen, welche dem Titel zufolge dieſer Lehre ganz gewidmet ſind, und doch mehrentheils nichts enthalten, als ein Beziehen des Zweiten auf den Erſten, des Dritten auf den Zweiten u. ſ. w., wobei denn Vaſquius, Hilliger

und Maſcard die Ehre hatten, bei Weitem am mehrſten angeführt zu werden. Auch in der neueſten Abhandlung von Krazer [1] iſt die Hauptſache, nämlich die Frage: was zunächſt zum Beweiſe des fundamenti agendi gehöre? mit ein Paar alten Citaten abgethan, und blos die, natürlich zu bejahende Frage erörtert: ob der Kläger neben dem Beweiſe ſeines Eigenthums auch noch darzuthun habe, daß der Beklagte ohne Grund beſitze.

Betrachten wir die Sache erſt im Allgemeinen, ohne Rückſicht auf beſondere poſitive Geſetze, ſo entſtehen hier gleich große Schwierigkeiten aus der Vergleichung der natürlichen Billigkeit mit dem ſtrengen Recht, oder dem, was man Conſtruction der Rechtsbegriffe zu nennen pflegt. Will man nämlich die Sache, ſo zu ſagen, auf die Spitze ſtellen, ſo läßt ſich von Seiten der Conſequenz ganz und gar nichts einwenden, wenn auf folgende Art geſchloſſen wird: der Zweck der rei vindicatio iſt die Zuerkennung des Eigenthums, und der Grund der Klage iſt mithin das Eigenthum, oder das suum des Klägers, welches auch durch die Alt-Römiſche Formel [2], wie durch die neuere [3] ausgedrückt ward. Gründet ſich nun der Kläger auf Handlungen von ſeiner Seite, welche an ſich Eigenthum ertheilen, auch wenn ein Andrer vorher Eigenthümer war, und ſein Eigenthum nicht veräuſſerte, z. B. auf eine, das Eigenthum aufhebende Specification, ſo muß natürlich ſchon der Beweis jener Handlungen genügen. Iſt aber der Fall von der Art, daß der Kläger aus der Veräußerung ſeines Auctors ſein Recht ableitet, ſo muß er bis zum erſten Erwerber hinauf darthun, daß durch ununterbrochene gerechte Veräußerungen die Sache auf ihn gekommen ſey. Denn Niemand kann veräußern und übertragen, was er nicht hat. Wenn alſo B. von dem Diebe A.

---

1) D. A. Krazer über den Beweis des Eigenthums. Wien 1810.
2) Ego hanc rem jure Quiritium meam esse ajo.
3) Ajo rem meam esse.

eine gestohlene Sache kauft, so bekommt B. nichts. Veräuſsert sie B. an C., so bekommt C. wieder nichts, und so weiter bis ins Unendliche. Daraus folgt dann, daß ohne eingetretene Verjährung in der Regel der Beweis der rei vindicatio ganz unmöglich ist, daher es auch ganz gut paßt, wenn Leyser [4]) mit Andern den Beweis der Eigenthums-Klage eine probatio diabolica nennt.

Eben dieses diabolicum ist es aber, was der Billigkeit nicht zusagen kann, vielmehr wird diese auf das kommen müssen, was dem gemeinen Verstande immer am mehrsten eingeleuchtet hat, nämlich auf die Anwendung der Idee, daß man bei einem an sich guten Geschäft das Schlimme nicht zu vermuthen habe? Hat der Kläger nicht mehr für sich, als seinen früheren Besitz, ohne daß dessen Rechtsgrund klar ist, so kann freilich am natürlichsten die Regel: in pari conditione melior est persona possidentis angewandt werden. Eben so, aus gleichen Gründen, wenn erwiesen ist, daß beide, Kläger und Beklagter, von einem Nichteigenthümer, oder sonst auf gleiche Art, die Sache erhielten. Allein wenn alle Bedingungen des Eigenthumserwerbes in der Person des Klägers erweislich vorhanden waren, bevor die Sache an den Beklagten kam, und der Beklagte von seiner Seite nicht durch den Beweis ausweichen kann, daß jener Erwerb fehlerhaft war: wird dann nicht der gemeine Verstand darauf bestehen, daß das Eigenthum des Klägers vorauszusetzen, das Daseyn eines Fehlers nicht zu vermuthen, also im Zweifel für den Kläger zu erkennen sey? Freilich muß man zugeben, daß sich dergleichen aus dem Begriff des Eigenthums nicht construiren läßt. Allein wie viele Sätze lassen sich nicht construiren, denen doch das positive Recht das Wort redet! Ein Geschäft kann eben so gut fehlerhaft, als vollkommen seyn; und dennoch wird dessen Mangellosigkeit vermuthet [5]); ein

4) *Leyser* Spec. 99. m. 1.

5) L. 3. §. 1. D. de probat. L. 30. de V. O.

Kind kann so gut unehelich, als ehelich geboren seyn, und doch wird die eheliche Geburt präsumirt [6]); es wird im Zweifel keine mala fides vorausgesetzt, kein Delict vermuthet u. s. w.; — warum sollte es denn unnatürlich seyn, einstweilen, und bis zum Gegenbeweise des Beklagten, anzunehmen, daß der Auctor des Vindicanten zur Veräußerung befugt war, besonders da es gewiß nicht zu den gewöhnlichen Fällen gehört, daß Jemand fremdes Gut veräußert?

Denkbar, und ohne Unsinn, ganz im Geist andrer Römischer Grundsätze denkbar, ist hier also diese zweyte Billigkeits-Theorie; und so entsteht zunächst die Frage, ob die eine, oder die andre Theorie Gründe des positiven Rechts für sich hat?

Unsere Rechtslehrer haben bisher am mehrsten der strengen Theorie gehuldigt; aber jene billige Ansicht hatte ebenfalls ihre Vertheidiger. Schon in der Glosse liegen auch hier, wie gewöhnlich [7]), die Keime der verschiedenen Haupt-Theorien der späteren Zeit. Eine Andeutung davon kommt schon vor in der Glosse zu L. 1. pr. D. de publ. in rem act., wo es heißt: quidam dicunt, venditorem meum praesumi dominum, et per consequens me, et sic dicunt, me eligere debere rei vindicationem directam. — Sed nos contra. Ganz bestimmt aber kommt die Sache vor in

---

6) Cap. 5. X. qui filii sint legit.

7) Man kann nicht genug aufmerksam darauf machen, wie wichtig das Studium der Glosse ist. Gewöhnlich findet man darin, wenn vom Dogmatischen, und nicht vom Historischen die Rede ist, die Andeutung aller späteren Theorien. Aber freylich muß man das Zerstreuete zu finden, und kurze Sätze zu verstehen wissen. So ist z. B. die jetzt sogenannte Schneidtische Theorie über die querela inofficiosi testamenti schon angedeutet in der Glosse zu L. 27. C. de inoffic. test., und die Paar Worte: i. e. ex emto zu L. 69. D. pro socio enthalten den Fingerzeig zu der Erklärung dieses Fragments, worüber später so viel geschrieben ist, ohne die Glosse in Betracht zu ziehen.

folgenden Worten der Gloſſe zu L. 12. C. de probat.: Item dixit hic P. quod satis est ad dominii probationem probare haec tria, emtionem, et vacuae possessionis traditionem, et pretium solutum. Quod non placet, quia potuit esse, quod venditor non fuit dominus, unde emtor non fit dominus. Oportet ergo probare, quod venditor fuerit dominus, ut L. 15. §. 1. D. de pignor. L. 12. §. 5. de publiciana. Quod potest probari, quia probat eum vel usucepisse, vel specificasse, vel aliis similibus modis.

Von jenen zwei Fragmenten, worauf ſich die Gloſſe ſtützt, hat man ſpäter wenig Gebrauch gemacht; aber mit Berufung auf andre Geſetze, welche ſagen, nur der Eigenthümer könne vindiciren, und Niemand könne etwas auf Andre übertragen, was ihm nicht gehöre [8]), iſt doch von vielen älteren und neueren Theoretikern und Practikern den ſtrengen Grundſätzen der Vorzug gegeben. Einige haben ſich dafür aufs beſtimmteſte ausgeſprochen, indem ſie einen ununterbrochenen Beweis gerechter Veräußerungen bis zum erſten Erwerber hinauf verlangen, ſofern nicht der Kläger an ſich durch Specification, Verjährung, oder fiskaliſchen Verkauf gedeckt iſt [9]). Wahrſcheinlich (und zuweilen, nach den Rückweiſungen auf Hilliger und deſſen Auctoritäten, ganz gewiß) hatte eine Menge andrer Rechtslehrer dieſelbe Idee, ohne ſich die Mühe zu geben, den Sinn unbeſtimmter Regeln gehörig zu erklären. Man findet nämlich häufig nur den Satz: der Vindicant

---

8) L. 20. D. de A. R. D. L. 54. D. de R. J. L. 10. C. de pignor. act.

9) *Hilliger* Donellus enucleatus T. 2. p. 602. und viele dort citirte Schriftſteller *C. F. Berger* (praes. *Gribner*) de probatione dominii per juramenti delationem. Lips. 1733. Geſterding vom Eigenthum. S. 361. 362. Seuffert Erört. einzeln. Lehren. 2. Abth. S. 32—34. Wening Civilv. 1. B. S. 211. 212.

müſſe ſein Eigenthum beweiſen [10]), oder die etwas mehr beſtimmte Regel: er müſſe, außer ſeinem Erwerb, auch das Eigenthum ſeines Auctors darthun [11]). Wahrſcheinlich wollte Glück [12]) daſſelbe ſagen, indem er ſich ſo ausdrückte: der Vindicant müſſe auch noch erweiſen, daß ſein Auctor die Sache durch ein ſolches Rechtsgeſchäft erhalten habe, dadurch er das Eigenthum erwerben konnte, welche Worte, ſtreng genommen, freilich auch blos dahin verſtanden werden könnten, der Vindicant müſſe ſeinen, und ſeines Auctors titulus beweiſen, brauche aber mit

---

10) *Cujac.* op. T. 1. p. 747. T. 5. p. 902. T. 7. p. 347. 348. T. 9. p. 264. 265. 273. *Vultejus* comm. ad Inst. L. 4. T. 6. §. 1. *Idem* jurispr. Rom. §. 5064—5069. *Bachov* ad Inst. L. 4. T. 6. §. 1. *Vinnius* ibid. nr. 16. *Mollenbeck* Thesaur. L. 6. T. 1. pr. *Schilter* exerc. 16. §. 16—20. *Wesenbeccii* comm. ibid. §. 3. *Voet* comm. ib. §. 3. *Lauterbach* coll. ib. §. 7. *Wissenbach* ex. ad P. Disp. 18. §. 1. *Eck* princ. jur. L. 1. T. 1. *Westenberg* princ. ibid. §. 9. *Malblank* princ. T. 2. §. 401. *F. S. Huth* (praes. Koessel) de dominio ejusque effectibus. Lips. 1731. §. 26. *G. H. Voelkel* (praes. G. H. Berger) de maturanda dominii probatione per juramenti delationem. ed. 2. Viteb. 1724. §. 2.

11) *Donell.* comm. L. 20. c. 2. *Idem* comm. ad Cod. L. 4. T. 19. c. 4. *Sichard* ad Cod. L. 4. T. 19. c. 4. *Meier* colleg. Argent. L. 6. T. 1. §. 9. *Struv* synt. c. n. *Müllerі* Ex. 11. §. 14. *Berger* oec. jur. L. 2. T. 2. §. 24. not. 2. *Hopp* ad Inst. L. 4. T. 6. §. 1. *Leyser* spec. 99. m. 1. *Ludovici* doctr. P. L. 6. T. 1. §. 15. *Boehmer* J. D. 16. §. 4. *Heineccii* elem. jur. c. sec. ord. D. ib. §. 84. *Hellfeld* jurispr. §. 585. und Weber Erl. daſ. *Wernher* lectiss. comm. L. 6. T. 1. §. 4. *Madihn* princ. T. 2. §. 342. *Hofacker* T. 2. §. 1027. Höpfner Comm. §. 344. 345. *G. C. Wölker* de exceptione dominii. Altorf 1683. p. 14. 15. Krazer a. a. O. S. 8.

12) Erl. d. Pand § 585.

dem Beweiſe nicht höher hinauf zu gehen; gegen welche Halbirung wohl alle Rechtsgrundſätze ſeyn würden [13]).

Es hat indeß auch nach der Gloſſe manche Rechtslehrer gegeben, welche, wenn man ſie nach ihren Worten nimmt, als Anhänger der milderen Theorie einiger Gloſſatoren betrachtet werden müſſen, indem ſie blos ſagen, der vindicirende Käufer müſſe den Verkauf, die Tradition, und die Erlegung des Kaufpreiſes darthun [14]). Es ſteht inzwiſchen noch dahin, ob dieſe Schriftſteller damit nicht mehr ſagen wollten. Denn die Unbeſtimmtheit und Flüchtigkeit war in dieſer Lehre nun einmal an der Tagesordnung, und man findet Werke, in denen bald nur von titulus und traditio die Rede iſt, bald aber auch der Beweis des dominii verlangt wird [15]). Ganz beſtimmt hat übrigens Schöman [16]) der milderen Theorie ſeinen Beyfall gegeben, indem er ſich darauf ſtützt, daß das Hinaufſteigen zu dem Auctor und deſſen Auctoren zu viel ſey, das es kein Geſetz verlange, und daß ein Unterſchied zwiſchen der rei vindicatio und actio publiciana noch immer übrig bleibe, indem der Kläger bei Anſtellung der erſten die geſchehene Zahlung des Kaufpreiſes darthun müſſe, von welchem Beweiſe bey der actio publiciana [17]) nicht die Rede ſey; welcher letzten Idee ich aber keineswegs beitreten kann. Denn die rei vindicatio und actio publiciana können ja nicht blos ex caussa emtionis angeſtellt werden, ſondern auch aus andern Gründen, z. B. ex caussa donationis oder

---

13) L. 59. D. de evict.

14) *Mevius* P. 3. Dec. 391. *Carpzov* Resp. L. 1. Resp. 76. 77. *Perez* ad Codicem L. 3. T. 32. nr. 9—12. *Stryk* U. M. P. L. 6. T. 1. §. 2.

15) *A. Fabri* codex Fabrianus. L. 3. T. 2. Def. 1. 2. L. 4. T. 14. Def. 69.

16) Handb. des Civ. R. 2. B. S. 50—54.

17) Nach L. 8. D. de publiciana. L. 2. §. 1. D. de contr. emt.

legati [18]), und ſo kann in der solutio pretii auf keine Weiſe ein generiſcher Unterſchied enthalten ſeyn.

Gehen wir nun näher auf die Sache ſelbſt ein, ſo kann es zuvörderſt gewiß nicht in Zweifel gezogen werden, daß die beiden Fragmente, welche, nach dem Obigen, in der Gloſſe für die ſtrenge Theorie angeführt ſind, auf keine Weiſe zur Rechtfertigung derſelben dienen. Wenn nämlich in L. 15. §. 1. D. de pignor. geſagt iſt;

creditorem probare debere, cum conveniebat *rem in bonis debitoris* fuisse,

ſo kann daraus in Betreff des Eigenthums-Erwerbs gar nichts gefolgert werden. Denn dieſer hat durch ſich ſelbſt eignes Recht und Selbſtſtändigkeit. Der Pfandgläubiger iſt dagegen nichts, als Mandatar des Verpfänders, handelt nur auf deſſen Namen, und kann daher auch, wenn er das Pfand veräußert, wegen der Eviction nicht in Anſpruch genommen werden [19]). Wenn er alſo das Recht des Verpfänders beweiſen muß, um gegen dritte Beſitzer durchzudringen, ſo iſt dies, juriſtiſch geſprochen, kein Hinaufſteigen zu dem Auctor, um deſſen Veräußerung zu rechtfertigen, ſondern der einfache Beweis des jüngſten Erwerbes, den der Pfandgläubiger, als bloßer Repräſentant für ſich geltend macht. Das Fragment beweiſt alſo eher gegen, als für die ſtrenge Anſicht der Gloſſe. Wie aber darin die Worte der L. 12. §. 5. de publiciana:

Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus,

angerufen werden konnten, begreife ich in der That nicht. Denn das Fragment redet ja von nichts (wie ſelbſt Accurſius dazu bemerkt hat), als daß in dem gegebenen Fall die actio publiciana mit ihrer fingirten Uſucapion Statt finden ſolle, obgleich vor Vollendung des Jahrs die Uſucapion undenkbar ſey. Das Fragment ſagt alſo nichts von einem Beweiſe des

---

18) L. 2—7. D. de publiciana.

19) Tit. C. creditor. evict. pignor. non debere.

Rechtes der Auctoren, und so wüßte ich es höchstens nur in der Lehre von der angeblichen fictio retrotractiva bei der Legitimation zu benutzen, um zu zeigen, daß die Römer auf völlig geistlose Fictionen nichts hielten.

Die übrigen erwähnten Fragmente worauf sich, wie vorhin angeführt ward, viele Nachfolger der vorherrschenden Meinung der Glossatoren berufen haben, sind auch keineswegs genügend, oder wenigstens keineswegs so bestimmt, daß sie hier als entscheidend gelten können, wenn sich für die billige Theorie besondre Gründe anführen lassen. Freilich ist es wahr, daß der Grund der Eigenthumsklage das Eigenthum ist, und daß ein Nichteigenthümer kein Eigenthum übertragen kann. Allein über den Umfang der Beweislast ist damit noch nichts ausgesprochen. Es läßt sich also recht wohl damit vereinigen, wenn aus andern Gründen gezeigt werden kann, daß bei dem Beweise gewisser Bedingungen die Gesetze das Uebrige vermuthen, oder voraussetzen. Die actio publiciana kann ja auch nur derjenige mit Erfolg anstellen, welcher eine usucapionsfähige Sache durch ein tadelloses Geschäft in gutem Glauben erwarb. Allein wenn der Kläger das Geschäft und die Uebergabe erwiesen hat, wird dann noch Jemand von ihm verlangen, daß er daneben die habilitas rei, das Nichtseyn etwaiger Mängel des Geschäfts, und seinen guten Glauben erweise?

Schon dies steht der strengen Theorie entgegen, daß von keinem einzigen Classiker, und auch nirgend im corpus juris durch irgend etwas auf die unendlichen Schwierigkeiten der rei vindicatio hingedeutet ist, obgleich man unter Voraussetzung jener Theorie im Ganzen sagen könnte und müßte, was Ulpianus bei einer andern Gelegenheit [20]) gesagt hat: melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, quum obtinere spem non haberent. In allen Titeln der Institutionen, der Pandekten und des Codex, wo vom Eigen-

20) L. 1. D. de in offic. test.

thum, deſſen Erwerb, und den daraus entſpringenden Klagen die Rede iſt, wird gänzlich davon geſchwiegen, daß der Vindicant bei einer derivativen Erwerbart auf ſeinen Auctor und deſſen Auctoren zurückgehen müſſe, und ſelbſt bei Gelegenheit der actio publiciana iſt mit keiner Sylbe die Rede davon, obgleich hier alles dazu aufforderte, weil die eigne Natur dieſer Klage ſich nicht beſſer darlegen ließe, als wenn man ſagen könnte, ſie erfordre nur die Bedingungen des Eigenthumserwerbes in der Perſon des Klägers, während bei der Eigenthumsklage auch das Recht der Vorgänger zu beweiſen ſey. Aber noch mehr! Der Beweis des Eigenthums iſt nicht blos wichtig, wenn direct vom Eigenthum die Rede iſt, ſondern auch dann, wenn eine Servitut, ein Pfandrecht, oder ein andres dingliches Recht ſelbſtſtändig, oder als actives accessorium einer herrſchenden Sache in Anſpruch genommen wird. Und dennoch iſt nirgend bei Gelegenheit ſolcher Klagen in den Geſetzen darauf hingedeutet, wie mißlich, und faſt unmöglich auch hier, wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweiſes die Rechtsverfolgung ſey. Die Anhänger der ſtrengen Theorie haben ſich hier zwar eine Thür offen gelaſſen, indem ſie ſagen: wo nur incidenter vom Beweiſe des Eigenthums die Rede ſey, da könne man den vollen Beweis deſſelben nicht verlangen [21]). Allein da jeder geleugnete Klaggrund zu erweiſen iſt, ſo kann man nur ſagen: wenn, wie es häufig der Fall iſt, das Eigenthum nicht geleugnet wird, wo daſſelbe incidenter als Klaggrund mit vorkommt, ſo iſt es freilich nicht zu beweiſen; wird es aber auch geleugnet, und nicht erwieſen, ſo muß die darauf gegründete Klage wegfallen [22]).

Es laſſen ſich nun aber auch noch beſondre Aeußerungen der Geſetze und ihrer Quellen anführen, welche poſitiv für die mildere Theorie entſcheiden. Denn überall, wo vom

21) *Voelkel* s. *Berger* Diss. cit. §. 3.
22) L. 5. pr. D. si ususfruct. pet.

Eigenthumserwerbe die Rede iſt, wird blos von dem, jetzt ſogenannten modus acquirendi inſofern geredet, als derſelbe zunächſt in der Perſon des Erwerbers vorhanden ſeyn muß, aber nirgend wird dabei verlangt, daß man noch weiter zurückgehen müſſe, und dieß namentlich bei Gelegenheit der Eigenthumsklage [23]). Insbeſondere ſcheinen mir hier aber zwei Geſetze wichtig, welche im Tit. C. de probationibus ſtehen, alſo durch ihre Stellung dem Einwande begegnen, daß unbeſtimmte Aeußerungen über den Erwerb des Eigenthums in Betreff des Beweiſes deſſelben nicht als entſcheidend genommen werden könnten. Das erſte dieſer Geſetze iſt L. 4. C. l. c., worin reſcribirt wird:

> Proprietatis dominium non tantum *instrumento emtionis*, sed etiam quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

Alſo: ſchon aus einem Kaufbriefe (natürlich wenn darin alles, was zur Conſummation des Kaufs gehört, angegeben iſt) kann der Beweis des Eigenthums geführt werden; und doch enthält, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, ein Kaufbrief in der Regel nichts vom Beweiſe des Rechtszuſtandes, in welchem ſich der Auctor befand! Noch beſtimmter iſt L. 12. C. eod.:

> Quum res non instrumentis gerantur, sed in haec rei gestae testimonium conferatur, *factum emtionem*, et *in vacuam possessionem inductum* patrem tuum, *pretiumque numeratum*, quibus potes jure proditis probationibus deducere debes.

Die Gloſſe, welche zugibt, daß hier von der Eigenthumsklage die Rede ſey (wie auch die Worte: pretiumque numeratum außer Zweifel ſetzen) ſucht mit der Wendung auszuweichen, es ſey hier wohl nur von dem beſondern Fall die Rede, wenn der Käufer gegen den Verkäufer klage, unter

---

23) Ulpian Fragm. T. 1. §. 16. L. 23. 41. 46. 50. pr. L. 67. 72. D. de R. V. L. 8. 15. C. eod.

welcher Vorausſetzung freilich die ſtrenge Theorie nicht in Verlegenheit kommt, weil ſie immer die Ausnahme machte und machen mußte, daß gegen den Veräußerer nichts als deſſen Veräußerung zu beweiſen iſt, indem er, nach der Regel, daß Niemand ſeine eigene Handlungen als geſetzwidrig anfechten darf, auf keinen Fall den Einwand machen kann, daß fremdes Gut von ihm veräußert ſey [24]). Jene Vorausſetzung iſt aber offenbar nichts, als eine petitio principii zu Gunſten einer Theorie, welche keinen beſondern Grund für ſich hat, und durch die unbeſtimmte Allgemeinheit des Geſetzes nicht unterſtützt, ſondern entkräftet wird. Das Geſetz iſt vielmehr weit natürlicher auf die, gegen einen Dritten gerichtete rei vindicatio zu beziehen. Denn gegen ihn, und nur gegen ihn, kann die *vacua* possessio in Frage kommen, während der Verkäufer gewiß nicht den Einwand haben würde, daß ſeiner Eigenmacht wegen die Uebergabe mangelhaft geweſen ſey.

Vielleicht würde die Theorie, deren Bekämpfung ich bis hieher verſucht habe, nie entſtanden ſeyn, wenn man nicht ſo vielfach darüber in Verlegenheit geweſen wäre, wie ſich, ſofern man der billigen Theorie folge, ein generiſcher Unterſchied zwiſchen der rei vindicatio und actio publiciana herausbringen laſſe? Publicius erfand nämlich die letzte Klage zur Erleichterung des Beweiſes. Auf den Nebenumſtand, daß es bei der publiciana nicht auf die Zahlung des Kaufpreiſes ankomme, kann dies nicht gegangen ſeyn, da, wie geſagt, beide Klagen auf Erwerbarten gegründet werden können, wobei von der Zahlung des Kaufpreiſes an ſich nicht die Rede iſt. Wo ſoll nun aber der Unterſchied liegen, wenn bei Anſtellung der rei vindicatio nichts weiter, als der Erwerb des Klägers dargethan zu werden braucht, indem ja auch die actio publiciana unter dem Namen der conditio usucapiendi ganz denſelben Klaggrund hat? Dieſe Frage ſcheint freilich bedeutend, iſt es aber, genau beſehen, keines-

24) Tit. D. de except. rei vind. et trad.

wegs. Bei der publiciana geht nämlich das Thema blos auf die melior conditio des Klägers im Verhältniß zu dem Beklagten. Die Einrede: emisti a non domino iſt hier alſo eine exceptio de jure tertii, und damit ganz verwerflich [25]), weil A. beſſer ſeyn kann, als B., ohne damit beſſer zu ſeyn als C. Bei der Eigenthumsklage dagegen iſt das thema das Eigenthum des Klägers, und dieſe Klage iſt alſo, wegen des Rechtes des Beklagten, einen directen Gegenbeweis zu führen, entkräftet, wenn dargethan wird, daß der Kläger die Sache von einem Nichteigenthümer erhielt [26]), und einen ſolchen Fehler mag der Beklagte (wie auch ſonſt Jeder die, von ihm behaupteten Fehler darzuthun hat) gehörig erweiſen, nur darf er nicht verlangen, daß der Kläger den Beweis des Nichtſeyns des Fehlers übernehme. Das Eigne und Beſchwerliche der rei vindicatio iſt alſo, daß der, an ſich gut titulirte Kläger gegen einen, auch ohne allen Grund beſitzenden Beklagten nichts ausrichtet, wenn dieſer ſein: emisti a non domino beweiſt, während ein ſolcher Gegenbeweis gegen die actio publiciana unzuläſſig iſt. Nicht durch die Beweislaſt in Betreff des Klaggrundes, ſondern nur durch den weiteren und engeren Gegenbeweis unterſcheiden ſich alſo beide Klagen von einander, und damit kann man ſich eben ſo leicht begnügen, wie in der Lehre von der Eviction mit den Sätzen: wer aus der Natur des Geſchäfts klagt, der bekommt vollſtändigen Schadenserſatz, aber wer ſich blos auf ein Verſprechen gründet, der bekommt nicht das Geringſte mehr, als was der Buchſtabe des Geſchäfts mit ſich bringt.

Außerdem hat Voet [27]) noch einen andern Unterſchied zwiſchen der rei vindicatio und actio publiciana darin finden wollen, daß bei jener immer der frühere Erwerber, zufolge L. 15. C. de R. V., vorgehe, bei der publiciana

25) L. 17. D. de publiciana.
26) L. 65. de R. V. L. 20. D. de A. R. D.
27) Comm. ad P. L. 6. T. 2. §. 6.

aber, wenn beide Theile von verſchiedenen Perſonen die Sache erwarben, für den Beklagten zu ſprechen ſey. Er hält dies für natürlich, weil bei der rei vindicatio der gelungene Beweis das Eigenthum des Klägers darthue, wogegen dann alles Andre weichen müſſe. Dagegen behauptet Meier [28]), es müſſe auch hier für den Beſitzer geſprochen werden, doch nennt er blos den Fall, wenn beide Theile die Sache von einem Nichteigenthümer erwarben.

Bevor ich gehörig über die Sache nachgedacht hatte, ließ ich mir Voets Auctorität gefallen [29]); allein ich glaube jetzt, daß jener Unterſchied verworfen werden muß. Das Geſetz, worauf ſich Voet beruft, ſpricht blos von dem Fall, wenn der Kläger und Beklagte die Sache von derſelben Perſon erwarben. Für den zweiten Fall haben wir nichts, als die Geſetze, welche bei der publiciana dem Beſitzer den Vorrang geben [30]), und zwar nicht wegen einer Singularität dieſer Klage (wozu in den Worten des Edicts auch keine Veranlaſſung war), ſondern aus dem allgemeinen Grunde: der Dritte A. kann den Vierten B. nicht beſchränken; wenn alſo beide Theile von verſchiedenen Perſonen die Sache erwarben, ſo ſind ſie in pari conditione, und ſo muß der Beklagte und Beſitzer als ſolcher ſiegen. Die Anwendbarkeit dieſer Grundſätze läßt ſich nun aber auch bei der rei vindicatio denken. Man unterſcheide hier folgende mögliche Verhältniſſe. Erſter Fall: Der Kläger beweiſt vollſtändig ſein Eigenthum, ganz ſo, wie es die ſtrenge Theorie verlangt, aber der Beklagte führt als Contravindicant einen eben ſolchen Beweis für ſich. Dann muß natürlich für den Beklagten entſchieden werden. Zweiter Fall: Der Kläger beweiſt zwar ſeinen Titel, aber der Beklagte thut ihm dar, daß er die Sache vom Nichteigenthümer erhielt. Dann muß, wie

28) Colleg. Argentorat. L. 6. T. 1. §. 9.

29) Mein Pand. Syſt. 2. B. §. 563.

30) L. 9. §. 4. D. de publiciana. L. 14. D. qui pot. in pignor.

geſagt, der Kläger abgewieſen werden, der Beklagte mag mit, oder ohne Grund beſitzen. Dritter Fall: Der Kläger beweiſt ſeinen Titel, aber nicht mehr, und der Beklagte beweiſt eben ſo viel, aber auch nicht mehr, für ſich. Dann iſt, wegen der par conditio, für den Beklagten zu ſprechen. Vierter Fall: Der Kläger beweiſt ſeinen Titel, beweiſt aber gegen den contravindicirenden Beklagten, welcher auch ſeinen Titel erwies, daß derſelbe die Sache von einem Nicht-Eigenthümer (alſo auch z. B. vom Verkäufer des Klägers nach dem Erwerb des letzten) erhielt, ohne daß etwas der letzten Art von Seiten des Beklagten dem Kläger erwieſen wird. Dann muß für den Kläger geſprochen werden, weil er (nach der billigen Theorie) die praesumtio dominii für ſich hat. Fünfter Fall: Beide Theile beweiſen gegen einander den Erwerb von einem Nichteigenthümer. Dann iſt für den Beklagten zu ſprechen, weil er im Zweifel vorgeht. Sechster Fall: Der Kläger führt für ſich einen Beweis, wie ihn die ſtrenge Theorie, der Beklagte aber für ſich einen Beweis, wie ihn die billige Theorie verlangt, ohne daß einer oder der andre Theil gegenbeweiſend etwas darthut. Dann muß für den Beklagten geſprochen werden. Denn ſeines Beweiſes wegen hat er die praesumtio dominii für ſich, und eine nicht durch Gegenbeweis entkräftete Präſumtion gilt als voller Beweis. Auch kann nicht angenommen werden, daß in jenem ſtrengen Beweiſe des Klägers etwas enthalten ſey, was indirect oder implicite den Beweis des Beklagten entkräfte. Denn wenn z. B. der Kläger A. beweiſt, daß X. der erſte Erwerber war, daß X. die Sache an B. veräußerte, nnd daß er, der A., die Sache von B. erhielt, ſo kann der Beklagte Z., welcher beweiſt, die Sache von D. erworben zu haben, ſo gut und beſſer ſeyu, als A., z. B. wenn B. vor dem Verkauf an A. die Sache von C., C. dieſelbe an D., und D. an B. verkaufte. Der ſiebente Fall iſt vorhanden, wenn man den ſechsten Fall umkehrt; und hier verſteht ſich der Sieg des Beklagten von ſelbſt. Achter Fall:

Der Kläger beweiſt ſeinen Titel, der Beklagte aber beweiſt nicht für ſich, und führt auch keinen directen Gegenbeweis. In dieſem Fall (und dies iſt gewiß im gemeinen Leben der gewöhnlichſte Fall) muß nach der Theorie, welche ich vorhin zu rechtfertigen ſuchte, für den Kläger geſprochen werden. Man darf dabei auch nicht bemerken, daß hier die Abweiſung des Klägers mit der rei vindicatio, wie es die ſtrenge Theorie mit ſich bringe, dem Kläger unſchädlich ſey, weil er ja nachher doch wegen ſeiner melior conditio gegen den Beklagten die actio publiciana habe. Denn auf der einen Seite hat er hier nach der ſtrengen Theorie die Beſchwerde, daß er die Koſten des erſten Proceſſes tragen muß, und auf der andern Seite kann er nicht hindern, daß in dem zweiten Proceß der Beklagte ſich ſorgfältiger vertheidigt, und von neuen Beweismitteln Gebrauch macht. Neunter Fall: Keiner von beiden Theilen beweiſt etwas für ſich. Dann verſteht es ſich von ſelbſt, daß für den Beklagten zu ſprechen iſt, und noch mehr im zehnten Fall, wenn der Kläger nichts beweiſt, der Beklagte aber als Contravindicant wenigſtens ſeinen Titel darthut.

Recht ſehr wünſche ich, daß tüchtige Rechtskenner meine obigen Ideen gründlich und unparteiiſch prüfen. Ich mache ſie gewiß nicht ohne Schüchternheit bekannt. Denn ich weiß zu wohl, wie leicht ein Irrthum iſt, wenn man genau auf Fragen eingeht, welche bisher von niemand ſorgfältig erörtert ſind. Kleine zerſtreute Aeußerungen des Römiſchen Rechts können, gehörig verbunden, zu den wichtigſten Reſultaten führen; und wie leicht überſieht man ſolche Atomen! Werde ich durch Andre eines Beſſern belehrt, ſo will ich mich gern mit der kleinen Ehre begnügen, eine träge Maſſe in Bewegung gebracht zu haben.